

A RESPONSABILIDADE CIVIL POR INFECÇÃO HOSPITALAR

Domingos Afonso Kriger Filho*

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Contextualização do problema. 3 Conceito e disposições normativas relativas à infecção hospitalar. 4 O entendimento doutrinário e jurisprudencial a respeito do assunto. 5 A natureza jurídica dos serviços hospitalares. 6 A relação paciente–hospital e a legislação e princípios a ela aplicáveis. 7 A responsabilidade civil decorrente da prestação de serviços hospitalares. 8 A infecção como fator de periculosidade inerente ao serviço hospitalar. 9 Considerações finais. 10 Referências.

RESUMO

Tanto a ciência moderna quanto a nossa legislação reconhecem a impossibilidade de eliminação total dos riscos de infecção hospitalar. Em face dessa realidade, é possível repensar a responsabilidade civil decorrente de infecção contraída por pacientes internados utilizando uma nova abordagem, para substituir a antiga, que via a infecção hospitalar como uma falha na execução do serviço, por uma que a entende, em condições normais, como inerente ao modo de seu fornecimento.

Palavras-chave: Infecção hospitalar. Responsabilidade hospitalar. Riscos inerentes à atividade hospitalar.

* Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina; professor da Escola da Magistratura do Estado de Santa Catarina; advogado.

1 INTRODUÇÃO

É fato notório que os avanços da ciência têm propiciado uma constante evolução na área da assistência à saúde, que tem refletido na melhoria das condições de vida das pessoas e de toda a sociedade.

Todavia, apesar do enorme progresso científico experimentado pela medicina nos últimos tempos, pode-se observar que problemas antigos como as infecções hospitalares ainda persistem e representam uma grave ameaça à Saúde Pública, por afetar inúmeras pessoas em qualquer lugar do mundo.

Embora as discussões sobre infecção hospitalar sejam muito frequentes em estudos e publicações de outras áreas do conhecimento, especialmente da medicina, no campo do direito o assunto tem despertado pouco interesse da doutrina, que geralmente se satisfaz apontando para a responsabilização do nosocômio se a infecção ocorreu por condições de assepsia deficientes ou por interrupção do tratamento.

Ocorre que a problemática que gravita em torno do assunto, por envolver aspectos concernentes ao próprio direito da cidadania, não pode ser tratada e resolvida sob uma ótica restrita, já que subsistem lacunas de ordem técnica e jurídica que necessitam um estudo mais aprofundado, quando se deseja que a efetiva justiça prevaleça nos casos concretos trazidos à apreciação judicial.

Este trabalho tem por objetivo abordar o entendimento atual sobre infecções hospitalares¹, com vistas a desencadear reflexões com um enfoque diverso daquele que usualmente tem sido dado ao assunto, na intenção de

1 Quanto aos fatores de risco das infecções hospitalares, estes se classificam em *intrínsecos* (aqueles relacionados especificamente com o paciente, tais como a gravidade da doença de base, condição nutricional e idade) e *extrínsecos* (aqueles relacionados com o meio ambiente que cerca o paciente, como o uso de equipamentos, procedimentos invasivos e cuidados dispensados pela equipe). Como atualmente há consenso de que a infecção hospitalar originada de fatores intrínsecos não gera responsabilidade do hospital, a abordagem e as conclusões do presente trabalho referem-se exclusivamente às infecções causadas por fatores extrínsecos.

auxiliar os operadores do direito na solução das questões que envolvem esse complexo fenômeno, que a todos interessa.

Para alcançar tal desiderato, foi utilizada como metodologia a revisão da literatura e da legislação pertinentes ao tema, ao final confrontadas com decisões que envolveram a expressão *infecção hospitalar*, as quais, passando pelo crivo da interpretação do autor, permitiram-lhe tecer as derradeiras considerações de acordo com as categorias apreendidas.

2 CONTEXTUALIZAÇÃO DO PROBLEMA

Segundo a literatura médica, o surgimento das infecções hospitalares coincide com a abertura do primeiro hospital urbano em Roma, por volta do ano 330 a.C. A história relata que, nos tempos passados, os hospitais possuíam uma função mais caritativa, de assistência aos pobres e inválidos, do que curativa, e os doentes, por exemplo os hansenianos, eram literalmente depositados em locais sombrios, úmidos e desprovidos de qualquer cuidado higiênico e dietético.

As pessoas que prestavam assistência aos doentes eram, na maioria, mulheres religiosas sem nenhum tipo de qualificação ou remuneração, não existindo forma alguma de atendimento sistematizado que evitasse o contágio entre as pessoas internadas, o que naturalmente favorecia a disseminação de doenças, especialmente as infecciosas.

Os hospitais constituíam, pois, mais uma fonte de doença e morte do que de cura, situação que perdurou até o século XVIII, quando se começou a perceber que as condições insalubres, a promiscuidade e a utilização de camas e ambientes coletivos favorecia toda ordem de contágio. Foi com base nessa constatação que teve início a gradual reestruturação desses locais, que evoluíram de um centro de caridade para um centro de observação, cuidados, disciplina e aprendizado, que, sob supervisão de profissionais médicos, possibilitou melhores e mais eficazes condições de tratamento.

Vários nomes detêm o crédito das transformações que permitiram aos hospitais alcançar a efetiva função de assistência à saúde tal como a entendida modernamente; destacam-se, entre outros, Pasteur (bacteriologia), Lister (asepsia), Semmelweis e Nightingale (medidas de higienização).

Somente para ter a exata noção da problemática da infecção hospitalar através dos tempos, destaca-se a notável atuação de Philipp Semmelweis, que em 1847, tornando compulsória a lavagem das mãos com água clorada para todos os médicos e enfermeiros, reduziu a mortalidade materna por febre puerperal de 12,2% para 2,4% logo no primeiro mês de intervenção.

Mas, apesar de todo o esforço e entusiasmo dispensados pela ciência e pelos profissionais da saúde para melhorar e tornar mais eficiente o tratamento dos doentes internados, o risco de infecção persiste como uma das principais causas de morbidade nos estabelecimentos hospitalares, e não se vislumbra na literatura técnica perspectiva de que possa ser definitivamente eliminado nos próximos anos.

Diversas são as causas apontadas para a contínua resistência das infecções nos ambientes hospitalares, tais como a falta de adequada asepsia, ainda indicada como o principal fator de transmissão de agentes patogênicos entre os pacientes internados; o uso indiscriminado de modernos antibióticos e produtos antissépticos, que paradoxalmente têm elevado a natural resistência dos micro-organismos; e a utilização de procedimentos cada vez mais invasivos, que, ao diminuírem a capacidade imunológica do indivíduo, abrem caminho para a penetração microbiana.

A impotência do sistema de saúde em combater a infecção hospitalar, principalmente numa época caracterizada por uma demanda cada vez maior e com poucos recursos humanos qualitativos e quantitativos, resulta em graves consequências de ordem econômica e social, como a interrupção da vida produtiva das pessoas, a redução da rotatividade de leitos, o

aumento do tempo de internação, dos custos hospitalares e do próprio número de processos ajuizados por aqueles que se sentem vítimas, o que demonstra a grande importância que o assunto pode alcançar também no meio jurídico.

Um levantamento realizado pela Organização Mundial da Saúde em 14 países entre os anos de 1983 e 1985 comprovou ter-se mantido a taxa de contágio em torno de 8,7%. No Brasil, segundo relatório elaborado pelo Ministério da Saúde, a mesma variou de 13% a 15%, números que permitem visualizar a dimensão do problema e atestam estar a ciência muito longe ainda de alcançar o desejado *índice zero* de infecção nos hospitais de qualquer país, inclusive naqueles considerados primeiro mundo.

3 CONCEITO E DISPOSIÇÕES NORMATIVAS RELATIVAS À INFECÇÃO HOSPITALAR

O termo *infecção* provém do latim *infectio*, que, apesar de inicialmente significar ação de tingir ou manchar, passou a ser empregado no sentido de contaminar, isto é, ato de levar a outrem moléstia infecciosa².

De maneira geral, a expressão *infecção hospitalar* passou a ser definida como “a contaminação do organismo por agentes infecciosos durante a permanência ou internação do indivíduo num estabelecimento de tratamento à saúde”.

Em nosso país, o primeiro regramento oficial relativo às infecções hospitalares ocorreu com a edição da Portaria n. 196, de 24-6-1983, do

2 Aqui cabe um esclarecimento técnico: o ser humano possui dois tipos de germes sempre presentes em seu organismo, conhecidos como *Flora Bacteriana Transitória* e *Flora Bacteriana Residente*. A Flora Transitória atua e se localiza na superfície da pele, podendo ser facilmente removida por meio de agentes anti-sépticos como a lavagem mecânica com água e sabão ou através de agentes específicos de ação residual, como as soluções à base de iodo. Por sua vez, a Flora Residente é permanente, sendo impossível a sua eliminação total por qualquer meio, seja mecânico ou químico, pois é característica de cada ser humano e está localizada no óstio das glândulas sudoríparas, sebáceas, poros e no bulbo dos folículos pilosos. Os antibióticos até podem afetá-la, mas se de um lado aniquilam alguns germes, de outro permitem aos mais resistentes continuar a sua reprodução sem outros elementos limitadores de sua proliferação (D'ACAMPORA, 1994, p. 55-57).

Ministério da Saúde, que instituiu, entre outros tópicos, normas de controle e prevenção, impondo aos nosocômios o dever de manter Comissão de Controle de Infecção Hospitalar, independentemente da natureza da entidade mantenedora.

Posteriormente, em virtude da política de descentralização das ações de saúde iniciada com o advento da Carta Constitucional de 1988, bem como do não cumprimento daquela primeira normativa pela maioria dos hospitais, adveio a Portaria Ministerial n. 930, de 27-8-1992, que, além de baixar instruções para o controle e prevenção das infecções, estendeu aos infratores as penalidades previstas na Lei n. 6.437/1977³.

Todavia, como a nova intervenção ministerial repetiu a pouca eficácia da anterior, deu-se a promulgação da Lei n. 9.431, de 6-1-1997, com o objetivo de obrigar os estabelecimentos a manter Programa de Controle de Infecções Hospitalares, considerando este, para os seus efeitos, como “o conjunto de ações desenvolvidas deliberada e sistematicamente com vistas à redução máxima possível da incidência e da gravidade das infecções hospitalares” (§ 1º do art. 1º).

Além de estender aos seus infratores as mesmas penalidades da Lei n. 9.431/1997, em seu artigo 1º, § 2º, legalmente definiu a expressão *infecção hospitalar*, também denominada institucional ou nosocomial, como “qualquer infecção adquirida após a internação de um paciente em hospital e que se manifeste durante a internação ou mesmo após a alta, quando puder ser relacionada com a hospitalização”.

No ano seguinte, pela Portaria n. 2.616, de 12-5-1998, o Ministério da Saúde baixou as novas diretrizes e normas destinadas à prevenção e

3 Lei que trata das infrações à legislação sanitária federal e estabelece as respectivas sanções, que vão de advertência até cancelamento de autorização para funcionamento ou de alvará de licenciamento do estabelecimento. De acordo com seu artigo 10, são consideradas, entre outras, infrações sanitárias:

“XXIX – transgredir outras normas legais e regulamentares destinadas à proteção da saúde; [...]

XXXI – descumprir atos emanados das autoridades sanitárias competentes visando à aplicação da legislação pertinente”.

controle das infecções hospitalares a serem adotadas em todo o território nacional pelas instituições envolvidas em atividades hospitalares de assistência à saúde, estabelecendo em cinco anexos as regras pertinentes à organização do Programa de Controle e da Comissão de Controle de Infecções Hospitalares (PCIH e CCIH), os conceitos e critérios diagnósticos das infecções hospitalares⁴, a vigilância e os indicadores epidemiológicos, além de recomendações gerais para o uso e aplicação de antissépticos, desinfetantes e esterilizantes.

4 O ENTENDIMENTO DOUTRINÁRIO E JURISPRUDENCIAL A RESPEITO DO ASSUNTO

Apesar da sua relevância, o fenômeno da infecção hospitalar não tem merecido uma atenção mais aprofundada por parte da doutrina nacional, que o tem analisado por diferentes ângulos.

Pereira (1995, p. 154), por exemplo, com apego a antigas decisões judiciais, limita-se a dizer que, “se a infecção se deveu a condições de assepsia deficientes ou à ausência de cautelas idôneas a evitar a doença nosocômica, o hospital pode ser responsabilizado”, e que se impõe igualmente a obrigação de indenizar quando a infecção “obstrui a continuação do tratamento”.

Para Stoco (2004, p. 557),

a infecção hospitalar é um indício de culpa. A presença de germes no ambiente hospitalar conduz à presunção de culpa por falta de cuidados. Traduz conduta omissiva, desidiosa ou negligente, que não pode ser suportada ou relevada. Assim, o hospital responde pelos danos causados ao paciente em razão de infecção hospitalar, se não provar a existência de uma das causas de exculpação.

4 A Portaria, no item 1 do seu Anexo I, dispõe que “o Programa de Controle de Infecções Hospitalares é um conjunto de ações desenvolvidas deliberada e sistematicamente, com vistas à redução máxima possível da incidência e da gravidade das infecções hospitalares”. *Infecção Hospitalar* está definida no item 1.2 do seu Anexo II como “aquela adquirida após a admissão do paciente e que se manifeste durante a internação ou após a alta, quando puder ser relacionada com a internação ou procedimentos hospitalares”.

No mesmo sentido trilha Theodoro Júnior (1999, p. 48), para quem

a responsabilidade civil dos hospitais, seja por infecção hospitalar, seja por qualquer outra lesão sofrida pelos pacientes em razão dos serviços de internação, não se inclui na regra do artigo 1.545 do CC (obrigação de meio). Aplica-se-lhes, portanto, a teoria comum da responsabilidade contratual, segundo a qual o contratante se presume culpado pelo não alcance do resultado a que se obrigou.

Por sua vez, Matielo (1998, p. 160) esclarece que,

sendo dever imposto por lei a preservação da integridade e garantia da incolumidade física e mental do indivíduo enquanto sob vigilância do hospital, incide a regra objetiva da responsabilidade deste quando sobrevier infecção adquirida durante a internação, podendo livrar-se da obrigação de indenizar se puder demonstrar que o resultado lesivo decorreu de comportamento culposo e exclusivo da vítima.

Na jurisprudência, a questão igualmente tem sido debatida com o uso de fundamentos diversos. A título de elucidação, o Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 1998, p. 331) já decidiu que,

tratando-se da denominada infecção hospitalar, há responsabilidade contratual do hospital relativamente à incolumidade do paciente, no que respeita aos meios para seu adequado tratamento e recuperação, não havendo lugar para a alegação da ocorrência de “caso fortuito”, uma vez ser de curial conhecimento que tais moléstias se acham estreitamente ligadas à atividade da instituição, residindo somente no emprego de recursos ou rotinas próprias dessa atividade a possibilidade de prevenção.

De outro lado, admitindo a ocorrência do caso fortuito como fator de exoneração da responsabilidade, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina (SANTA CATARINA, 2007, p. 393) já afirmou que,

no caso dos hospitais, há obrigação de resultado quando este é procurado para fornecer serviços de internação com todos os seus desdobramentos. Neste contexto, o resultado pretendido

pelos serviços prestados consiste em assegurar e proporcionar a incolumidade física do paciente, durante todo o período de internação. Por conseguinte, a responsabilidade civil dos hospitais por defeito na prestação de serviços é objetiva. Para eximir-se dessa responsabilidade, deve demonstrar de maneira cabal a inexistência de falha ou defeito na prestação dos serviços hospitalares contratados pelo paciente, a ocorrência de culpa exclusiva do consumidor, fato de terceiro, caso fortuito ou força maior.

Já para o 1º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo (SÃO PAULO, 1998, p. 269),

a entidade hospitalar, como fornecedora de serviços, responde, independentemente de culpa, pela reparação de danos causados à família de paciente internado que veio a falecer em decorrência de infecção hospitalar, eximindo-se desta responsabilidade somente se conseguir provar a inexistência de defeito ou culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro, nos termos do artigo 14, *caput* e § 3º, I e II, da Lei 8.078/90.

5 A NATUREZA JURÍDICA DOS SERVIÇOS HOSPITALARES

É difícil alcançar o objetivo visado neste trabalho sem antes estabelecer a natureza dos serviços hospitalares, pois é por ela que se pode identificar qual o regramento legal que disciplina essa espécie de atividade.

De início, cumpre destacar que os hospitais, como instituições destinadas a propiciar os meios de recuperação e tratamento da saúde das pessoas, devem ser vistos como verdadeiros instrumentos de promoção da *dignidade humana*, na forma preconizada pelo artigo 1º, III, da Constituição Federal, pois não há admitir esta sem aquela, que, juntamente com a vida, constituem os bens mais preciosos que compõem a personalidade.

No que se refere à prestação dos serviços hospitalares propriamente ditos, é imprescindível distinguir os chamados atos estritamente *profissionais* daqueles denominados *inerentes* ou *naturais* a certo ramo de atividade ou indústria. Nesse diapasão, certamente a principal finalidade dos hospitais

é assegurar a prática de atos procedimentais por parte dos médicos que neles exercem seu ofício, tais como exames, cirurgias e outras terapêuticas preventivas ou curativas.

Todavia, para atingir esse desiderato e ajudar na recuperação da saúde das pessoas internadas, os hospitais necessitam igualmente de uma estrutura que garanta a realização eficaz daqueles atos profissionais, como alimentação, higiene, hospedagem, limpeza, segurança e vigilância. Esses serviços são indispensáveis para que as instituições hospitalares possam atingir os fins para os quais foram criadas e estão intimamente ligados à sua natureza e modo de fornecimento, motivo pelo qual são considerados *inerentes* ou *naturais* a essa espécie de atividade.

Por conta disso, os estudiosos têm alertado que a responsabilidade civil hospitalar deve ser analisada com a observância dessa duplicidade de deveres, propondo que ela compreenda a assistência médica juntamente com a assunção de obrigações como hospedeiro, cada qual na medida e proporção em que respondem, isoladamente, os respectivos agentes (DIAS, 1979, p. 381).

A percepção da forma como os serviços hospitalares se operacionalizam impõe ao interessado a necessidade de indagar-lhe a natureza jurídica, com vistas a saber se são contratuais ou não. Acerca disso, apesar das discussões havidas no passado e das diferentes consequências atribuídas a cada uma das hipóteses, tal distinção tem sido abandonada pela doutrina moderna, que tem feito residir no contrato o fundamento único da atuação hospitalar e da sua consequente responsabilidade (DIAS, 1979, p. 382).

Nesse aspecto, cumpre destacar que a prestação dos serviços hospitalares, sejam eles públicos ou privados, realmente se origina de um contrato, pois quando a instituição recebe uma pessoa para internação a fim de lhe dispensar os cuidados necessários à recuperação e tratamento de sua saúde, informando a ela ou a sua família as condições da internação, recebendo

a devida contraprestação por meio de subsídios do poder público ou de pagamento do próprio interessado, indubitavelmente estabelece um vínculo contratual, do qual emanam as diversas consequências jurídicas previstas pelo ordenamento.

O mesmo ocorre quando o hospital age por filantropia ou acolhe alguém acidentado em via pública, internando-o para salvar-lhe a vida, uma vez que a gratuidade é uma qualidade que pode integrar, em determinadas circunstâncias, a natureza jurídica de muitos contratos (RUGGIERO, 1999, p. 314)⁵⁵, a exemplo da doação e do mandato, aqui invocados para demonstrar que o estabelecimento, agindo naquelas situações, pode ser visto como doador de vantagens ao infortunado ou como mandatário para administrar os interesses quanto aos cuidados reclamados pelo estado de saúde do internado, respectivamente.

Em virtude disso, pode-se concluir que a atividade hospitalar sempre se funda num contrato presumidamente oneroso, cujo objeto compreende a prestação de serviços médicos e de hospedaria, de modo geral classificado como bilateral (cria obrigações recíprocas entre as partes), consensual (ultima-se pelo mero consentimento das partes, independentemente de qualquer formalidade) e comutativo (cada uma das partes pode, desde o momento de sua formação, antever e avaliar a prestação que lhe será fornecida).

6 A RELAÇÃO PACIENTE–HOSPITAL E A LEGISLAÇÃO E PRINCÍPIOS A ELA APLICÁVEIS

Residindo o fundamento da relação paciente–hospital num contrato, é imperioso reconhecer que todos os efeitos dela originados encontram-se atualmente regulados pelo Código do Consumidor.

55 Sobre o assunto, esclarece Lopes (2001, p. 56) que “é tarefa do juiz apreciar soberanamente quando num contrato há ou não gratuidade, sendo que o interesse da distinção destaca-se precipuamente em relação à responsabilidade”.

Essa premissa encontra confirmação na parte introdutória do referido Código, que define *consumidor* como toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final (artigo 2º); *fornecedor* como toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que, dentre outras práticas, desenvolve atividade de prestação de serviços (artigo 3º, *caput*); e *serviço* como qualquer atividade fornecida no mercado de consumo mediante remuneração, salvo as decorrentes de relações de caráter trabalhista (artigo 3º, § 2º).

Para Filomeno (1999, p. 28), a relação de consumo tem as seguintes características:

- a) envolve basicamente duas partes bem definidas: de um lado o adquirente de um produto ou serviço (consumidor), e, de outro, o fornecedor ou vendedor de um produto ou serviço (produtor/fornecedor); b) tal relação destina-se à satisfação de uma necessidade privada do consumidor; c) o consumidor, não dispondo, por si só, de controle sobre a produção de bens de consumo ou prestação de serviços que lhe são destinados, arrisca-se a submeter-se ao poder e condições dos produtores daqueles mesmos bens e serviços.

Detalhe importante é o de que o conceito de consumidor adotado pelo legislador possui um caráter exclusivamente econômico, isto é, considera-se tal somente aquele que ingressa no mercado de consumo para adquirir bens ou contratar a prestação de serviços como *destinatário final*, fato que pressupõe ação do agente com o fim único de atender a uma necessidade pessoal própria, e não de desenvolver outra atividade negocial (FILOMENO, 1999, p. 26)⁶⁶.

Desse modo, qualquer pessoa que utilize os serviços hospitalares na ânsia de satisfazer uma necessidade própria e relacionada ao tratamento de sua saúde, submetendo-se às condições que lhe são impostas, enquadra-se

66 Este é o conceito finalístico adotado pelo legislador. Coexistem ainda as definições por equiparação contidas no parágrafo único do próprio artigo 2º e artigos 17 e 29.

na categoria de *consumidora do serviço hospitalar*, ao passo que se considera *fornecedora* a instituição onde eles são prestados, nos moldes dos artigos 2º e 3º do mencionado diploma legal, o que confere ao vínculo assim firmado as características de uma típica relação de consumo.

Por outro lado, tendo a lei de consumo caráter de ordem pública e de interesse social, não se pode olvidar que qualquer liame negocial a ela submetido deve ser apreciado por uma ótica que não atente apenas para proteção dos bens econômicos e materiais dos consumidores, mas que também privilegie o respeito a todos os demais valores fundamentais que compõem a personalidade humana, entre os quais se destacam a vida e a saúde, que, por sua importância, devem sempre se sobrepor aos de natureza puramente patrimonial, com vistas a possibilitar não só a reparação de danos eventualmente causados, mas principalmente a inibição e prevenção de condutas lesivas.

Como observou Bittar (1991, p. 6),

os princípios inspiradores da sua ossatura são os da proteção da vida, da saúde e da segurança dos consumidores (contra vícios existentes em produtos ou serviços ou outros abusos na circulação de bens); o da proteção de seus interesses econômicos (sempre atingidos por ações abusivas dos agentes do mercado); o do direito à informação (real, precisa e completa a respeito das qualidades e do funcionamento dos bens e serviços); o do direito à educação (através de campanhas de esclarecimento oficiais e privadas); o do direito de representação e de consulta (através da constituição de entidades de defesa e de participação em políticas de seu interesse) e o da compensação efetiva por prejuízos (mediante acesso a órgãos judiciais e administrativos para a reparação de danos havidos, por meio de fórmulas jurídicas eficientes).

Constituindo, pois, o vínculo entre paciente e hospital uma típica relação de consumo, tem-se que a solução dos problemas dela decorrentes deve sempre levar em consideração todos os princípios que regem a *lex*

specialis, inclusive naquilo que se refere à apuração da responsabilidade resultante de infecção contraída durante a internação.

7 A RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS HOSPITALARES

Em relação à responsabilidade civil resultante do fornecimento de serviços, importa salientar que a ampla preocupação com a esfera jurídica do consumidor levou o legislador a estruturá-la com base na chamada *teoria da qualidade*, que comporta dois aspectos distintos, a saber: o da proteção da vida e da saúde do consumidor, através do tratamento dos *vícios de qualidade por insegurança*, e o da proteção de seu patrimônio, com a regulação dos *vícios de qualidade por inadequação*.

Como já se anotou (KRIGER FILHO, 2000, p. 65), é imperioso esclarecer que com a adoção da referida teoria não se buscou suprimir as demais garantias outorgadas pela lei civil, mas aprimorá-las, a fim de possibilitar ao consumidor fazer frente aos problemas jurídicos que lhe são impostos pelo dinamismo do mercado atual. Exatamente por isso o acolhimento da teoria da qualidade se deu com vistas na responsabilidade civil, penal e administrativa do fornecedor, pois, como expôs Benjamin (1991, p. 40),

de nada adiantaria criar-se um dever de qualidade se o seu desrespeito não trouxesse conseqüências para o violador. Tanto no direito administrativo, como no penal, a teoria da qualidade ganha um colorido predominantemente repressivo. Já pelo prisma da responsabilidade civil, o tom principal é dado pela reparação, elemento essencial para o consumidor lesado. É em tal sede, portanto, que a questão da qualidade ganha enorme importância econômica.

No que tange aos *vícios de qualidade por insegurança* como aspecto da teoria da qualidade, na apuração da responsabilidade o intérprete deve sempre levar em consideração a noção de *risco* – fator que representa a

probabilidade de algo causar dano a alguém ou a alguma coisa. A esse respeito, pode-se afirmar que, conforme a sua maior ou menor incidência, menor ou maior será a margem de segurança que um produto ou serviço pode oferecer ao seu adquirente.

Todavia, como é impossível viver em sociedade sem riscos, configura-se absurdo pensar que o Direito do Consumidor seja ou busque ser capaz de transformar a realidade num paraíso, ausente de quaisquer perigos, pois isso seria uma utopia. Nesse sentido, por certo o objetivo visado pela legislação protetiva foi exatamente o de incitar os agentes sociais a envidar esforços para assegurar que os riscos existentes se mantenham no limite da razoabilidade, bem como que as atividades desenvolvidas causem o menor número de danos possível aos seus usuários, nada mais!

Não sendo possível a eliminação total dos riscos, tem-se que nenhum produto ou serviço colocado no mercado pode ser considerado plenamente seguro, o que impõe reconhecer que, por mais que a ciência e a tecnologia evoluam, em todos os bens adquiridos e atividades desenvolvidas pelo homem sempre haverá certo grau de insegurança, que pode ou não merecer a atenção do legislador, afirmação que ganha mais força quando o assunto envolve a medicina, dado que, “se viver já envolve riscos, intervir no corpo humano potencializa esses riscos” (KFOURI NETO, 1998, p. 193).

Quanto à margem de segurança que os produtos ou serviços podem ter, a doutrina identifica dois grandes grupos a que eles pertencem: os de *periculosidade inerente* e os de *periculosidade adquirida*.

A periculosidade inerente traz em si um risco intrínseco, ligado à própria qualidade da coisa, à atividade desenvolvida ou ao modo de fornecimento do serviço, e, embora este possa causar acidentes, a sua ocorrência mostra-se normal e previsível ou, como se diz, em perfeita sintonia com a *expectativa legítima* do seu usuário. Um exemplo na área médica é a cirurgia, que, para ser útil ao paciente, precisa ser perigosa.

De outro lado, a periculosidade adquirida é aquela que aumenta a periculosidade normal dos bens ou serviços em virtude de um defeito, cuja principal característica é a *imprevisibilidade* para o seu destinatário, a quem nem mesmo qualquer advertência pode afastar o risco de dano, como quando um médico, por negligência ou imprudência, esquece no interior do paciente algum material cirúrgico, prejudicando-lhe a saúde.

Na verdade, ambas as formas de periculosidade representam riscos à saúde daquele que utiliza certo produto ou serviço, e por isso mesmo a sua regulação é igualmente necessária em todos os casos. Porém, para fins de regime jurídico, principalmente no que se refere à responsabilidade civil, a divisão produz consequências significativas, pois somente a dita *periculosidade adquirida* é que dá lugar ao dever de indenizar do fornecedor, nos moldes preconizados pelo artigo 14 do Código do Consumidor, sob a epígrafe Da Responsabilidade pelo Fato do Serviço, assim regulada:

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

§ 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

- I – o modo de seu fornecimento;
- II – o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;
- III – a época em que foi fornecido.

À luz desse mandamento legal, a responsabilidade civil dos hospitais pode ser retratada nos seguintes termos: o fato do fornecimento do serviço de internação traz ínsito um inafastável grau de perigo à vida e à saúde das pessoas, o que lhes impõe uma gama de obrigações a serem cumpridas, cuja não observância fulmina a expectativa legítima que o usuário tem em

relação ao serviço contratado, transformando a periculosidade inerente a essa espécie de atividade em periculosidade adquirida, ensejadora do dever de reparar o dano causado.

Resta, enfim, avaliar se a infecção hospitalar representa inexoravelmente, em qualquer situação, uma quebra da expectativa legítima do paciente a ponto de ser entendida como um defeito apto a gerar a obrigação de indenizar.

8 A INFECÇÃO COMO FATOR DE PERICULOSIDADE INERENTE AO SERVIÇO HOSPITALAR

Como registrado linhas acima, doutrina e jurisprudência partem do pressuposto de ter havido ausência de cautelas ou assepsia deficiente para justificar a imposição de responsabilidade aos hospitais por infecção contraída pelos seus usuários.

Apesar de a premissa assim posta seduzir pela facilidade de sua aplicação, alguns aspectos técnicos e jurídicos merecem uma maior atenção a fim de se saber se ela pode servir de parâmetro seguro a ser utilizado em todos os casos trazidos à apreciação judicial.

De plano, cumpre destacar que os hospitais constituem um *habitat* naturalmente propício à propagação de agentes nocivos à saúde humana, que podem ser transmitidos das mais variadas formas, tanto pelo contato físico entre as pessoas, quanto pelo ar, água, alimentos, insetos e até mesmo animais.

Essa realidade aponta para a principal falha na argumentação dos que presumem ser a proliferação de doenças no âmbito hospitalar resultado direto da falta de assepsia, qual seja a de desconsiderar o fato de que, ainda hoje, afigura-se cientificamente impossível a eliminação total dos riscos de infecção em algum estabelecimento de saúde do mundo.

A infinita capacidade de mutação, de reprodução e de propagação dos micro-organismos, mesmo em meio a toda gama de produtos antisépticos e quimioterápicos modernos, aliada ao estado de debilidade da saúde dos pacientes, mostram-se obstáculos naturalmente intransponíveis à erradicação definitiva das doenças infecciosas nas instituições hospitalares, de modo que, como bem lembrou Kfoury Neto (1998, p. 130),

o problema existe em todos os hospitais, em qualquer país, incluindo-se os de primeiro mundo. O risco de infecção é inerente ao ato cirúrgico. Não existe índice zero de infecção. Por melhor que seja a desinfecção, alguns germes persistem – e quanto mais longa for a duração da cirurgia, maior o risco⁷.

Não bastasse essa constatação de ordem técnica, entre nós o problema torna-se mais complexo quando nos deparamos com o fato de o nosso próprio legislador ter admitido, de forma expressa, a impossibilidade de eliminação total dos riscos de infecção hospitalar no momento em que considerou o Programa de Controle de Infecções Hospitalares como “o conjunto de ações desenvolvidas deliberada e sistematicamente com vistas à *redução máxima possível* da incidência e da gravidade das infecções hospitalares”⁸.

Esse detalhe permite ao operador do direito concluir que, se de um lado a ciência moderna não consegue garantir índice zero de infecção hospitalar e de outro tanto a nossa legislação específica quanto as autoridades competentes não preconizam a *redução total* de sua incidência, os precedentes que pressupõem “defeito na prestação de serviço de internação” ou que admitem “a possibilidade de se evitar o contágio de doenças com o simples emprego de rotinas e recursos” mostram-se falhos e insubsistentes, pois compartilham de uma premissa equivocada, qual seja a de que existe

7 Mesmo sentido: Theodoro Júnior (1999, p. 48).

8 Grifos nossos. Redação do § 1º do artigo 1º da Lei n. 9.431/1997, repetida no artigo 2º e Item I do Anexo I da Portaria n. 2.616/1998, do Ministério da Saúde.

alguma maneira de evitar com total eficiência a propagação de doenças entre os pacientes internados.

Certamente a adoção de medidas preventivas, tais quais as indicadas na Portaria n. 2.616/1998, constitui a maneira mais eficaz de controlar e limitar a disseminação de agentes infecciosos no interior de qualquer hospital. Todavia, referidas medidas por si sós não garantem um resultado completo e definitivo na luta contra as infecções, mesmo porque, como enuncia o próprio texto daquele regramento, devem elas ser elaboradas e implementadas considerando-se *as características e necessidades da instituição*, vale dizer, não existe um modelo rígido e padronizado a ser seguido por todas as instituições de saúde, independentemente da estrutura delas e da natureza dos riscos da assistência que prestam, mas apenas a enumeração daquelas *ações mínimas* destinadas ao controle e prevenção das infecções hospitalares, que da mesma forma visam *à redução máxima possível da sua incidência e gravidade*⁹.

Por essa razão, no que diz respeito à margem de segurança da atividade hospitalar, a infecção, antes de representar um defeito, juridicamente pode ser vista como um risco intrínseco e razoavelmente esperado, ligado à própria qualidade dessa espécie de empreendimento e ao seu modo de fornecimento, uma vez que, pelo artigo 14, § 1º, do Código do Consumidor, somente se considera defeituoso o serviço que não garante a segurança que o consumidor dele pode esperar em condições normais.

Assim, quando o hospital, segundo suas características e necessidades, deixa de implantar programa de controle e prevenção das infecções ou negligencia na sua manutenção, não cumprindo o ordenado pela lei e pelas autoridades competentes, apresenta um serviço que não corresponde à expectativa legítima dos seus usuários, sujeitando-os a riscos acima dos razoavelmente esperados, fato que permite presumi-lo *defeituoso* e, por

9 Artigo 2º c/c Item 3.1 do Anexo I e Item 2 do Anexo III.

consequência, apto a ensejar a responsabilidade daquele que o fornece em tais condições.

9 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apesar das aparências, o presente trabalho não tem o objetivo de defender a total isenção de responsabilidade dos hospitais em casos de infecção contraída por pacientes internados.

Com certeza, o entendimento que preconiza a garantia geral de incolumidade decorrente do fornecimento de serviços de internação é o que melhor se adapta ao pensamento jurídico atual e, ademais, serve como meio de persuadir tais instituições a exercer sua função com cada vez mais segurança.

Todavia, tratando-se do fenômeno relativo à infecção hospitalar, a história da ciência tem mostrado a grande dificuldade de eliminar totalmente os riscos de contágio entre os pacientes internados, uma realidade mundial com força capaz de influenciar até mesmo na formulação do direito, tal como ocorre em nosso país, onde a própria lei específica em momento algum preconiza índice zero de infecção, mas tão somente a *redução máxima possível* de sua incidência e gravidade.

Não bastasse isso, o trato da questão impõe ainda considerar que os hospitais, ao propiciarem os meios de recuperação e de tratamento da saúde das pessoas, representam verdadeiros instrumentos de promoção da dignidade humana e, portanto, não se mostra razoável estender-lhes o mesmo rigor do sistema de responsabilização conferido a outras formas de atividade empresarial.

Afigurando-se impossível a eliminação total dos riscos de infecção em ambientes hospitalares, em condições normais não se mostra absurdo admiti-los como inerentes a essa espécie de atividade ou ao seu modo de fornecimento, uma vez que, como acertadamente expôs Alvim (1965, p.

314), “a lei apenas pode obrigar a um certo grau de previdência, de diligência; além desse grau, não há mais responsabilidade; está-se no campo do caso fortuito”.

À luz da nossa lei de consumo, não existe responsabilidade pelos riscos inerentes, de modo que os entendimentos que simplesmente transferem os riscos de infecção para o prestador de serviços hospitalares, sob a presunção de falta de cuidados, sem perquirir em cada caso concreto as circunstâncias que envolvem o seu surgimento, equivalem àquela esdrúxula situação de buscar impor a alguém uma previdência fora do comum ou impossível de ser alcançada, o que representa um ônus insuportável, capaz de inviabilizar essa importante atividade.

Dessa forma, a imposição de responsabilidade mostra-se legítima quando a instituição, dentro de suas condições, omite-se em implantar ou descarta em aplicar aqueles procedimentos padrões destinados a reduzir, com a máxima eficiência possível, a incidência e gravidade da infecção hospitalar, pois é nesses casos que verdadeiramente ocorre a quebra da expectativa legítima que o usuário tem na segurança do serviço de internação, tornando-o defeituoso.

10 REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade civil do médico. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 718, p. 33-53, ago. 1995.

ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 3. ed. Rio de Janeiro: Jurídica e Universitária Ltda., 1965.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos e. *Comentários ao código de proteção do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991.

BITTAR, Carlos Alberto. *Direitos do consumidor*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria Nacional de Organização e Desenvolvimento de Serviços de Saúde. *Manual de controle de infecções hospitalares*. Brasília, 1987.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 116.372-MG. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Brasília, 11 de novembro de 1997. In: *Revista do Superior Tribunal de Justiça*, Brasília, ano 10, n. 105, p. 331-339, maio 1998.

COUTO FILHO, Antônio Ferreira; SOUZA, Alex Pereira. *Responsabilidade civil médica e hospitalar*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

D'ACAMPORA, Armando José. Infecção em cirurgia. *Arquivos Catarinenses de Medicina*, v. 23, n. 1, p. 55-57, 1994.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. v. 1.

FERNANDES, Antonio Tadeu. *Infecção hospitalar e suas interfaces na área da saúde*. São Paulo: Atheneu, 2000.

FILOMENO, José Geraldo Brito. *Código brasileiro de defesa do consumidor interpretado pelos autores do anteprojeto*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

KRIGER FILHO, Domingos Afonso. *A responsabilidade civil e penal no código de proteção e defesa do consumidor*. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 2000.

LOPES, Serpa. *Curso de direito civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001. v. 3.

MATIELO, Fabrício. *Responsabilidade civil do médico*. 2. ed. Porto Alegre: Sagre Luzato, 1998.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*. Tradução de Paolo Capitano. 1. ed. Campinas: Bookseller, 1999.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Ap. 1999.004174-3, da 1ª Câmara de Direito Civil. Relator: Desembargador Joel Dias Figueira Júnior. Florianópolis, 12 de setembro de 2006. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 96, v. 858, p. 393-400, abr. 2007.

SANTOS, João Manoel de Carvalho. *Código civil brasileiro interpretado*. 10. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1982.

SÃO PAULO. 1º Tribunal de Alçada Civil. Ap. 694.867-0, da 11ª Câmara. Relator: Juiz Antonio Marson. São Paulo, 16 de fevereiro de 1998. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 87, v. 755, p. 269-272, set. 1998.

SAVATIER, René. *Traité de droit medical*. Paris: Librairies Techniques, 1956.

STOCO, Rui. *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. *Tratado de responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Aspectos processuais da ação de responsabilidade por erro médico. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 88, v. 760, p. 40-48, fev. 1999.